

На правах рукописи

Федоров Михаил Михайлович

**БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ
КАК РАЗНОВИДНОСТЬ ПОРУЧИТЕЛЬСТВА**

Специальность 12.00.03 - гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Казань-2007

**Работа выполнена на кафедре гражданско-правовых дисциплин
федерального государственного образовательного учреждения высшего
профессионального образования «Чувашский государственный университет
им. И.Н.Ульянова»**

Научный руководитель : кандидат юридических наук, профессор
Уруков Владислав Николаевич

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор
Хохлов Вадим Аркадьевич
кандидат юридических наук
Закиров Радик Юрьевич

Ведущая организация: ГОУ ВПО «Саратовская
государственная академия права»

Защита состоится 21 февраля 2007г. в 10 часов на заседании диссертационного совета Д.212.081.13 по защите диссертаций на соискание ученой степени доктора юридических наук при Казанском государственном университете имени В.И.Ульянова-Ленина по адресу: 420008, г.Казань, ул.Кремлевская, д.18, юридический факультет, ауд.324.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке им.Н.И.Лобачевского Казанского государственного университета.

Автореферат разослан 13 января 2007г.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент

А.Р.Каюмова

Общая характеристика работы.

Актуальность темы исследования обусловлена необходимостью: 1) совершенствования действующего законодательства о банковской гарантии и практики его применения судами; 2) переосмысления сложившихся в науке взглядов на юридическую природу института банковской гарантии.

Гражданский кодекс РФ (далее – ГК) стремится детальным образом урегулировать отношения, возникающие в связи с выдачей банковских гарантий (§ 6 главы 23 ГК). Тем не менее содержание ряда его норм, закрепленных в § 6 главы 23, вызывает критику, а в целом правовое регулирование отношений по банковской гарантии, на наш взгляд, не может считаться достаточным.

Законодатель уделяет свое основное внимание регламентации материальных отношений, складывающихся в связи с выдачей гарантийных обязательств. Это безусловно важно. В то же время из поля его зрения совершенно выпали процессуальные отношения, возникающие в связи с рассмотрением судами споров, вытекающих из отношений по банковской гарантии. А между тем специфика банковской гарантии как способа ускоренного возмещения убытков, возникающих вследствие неисправности должника по обеспечиваемому гарантией обязательству, требует, чтобы производство по некоторым категориям споров, вытекающих из отношений по банковской гарантии, опиралось на адекватные процессуальные формы, которые ещё предстоит создать (по крайней мере, адаптировать существующие).

По признанию участников рабочей группы по подготовке проекта ГК, исходным материалом для определения и формулирования норм о банковской гарантии послужили Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные Международной торговой палатой (международной неправительственной организацией) в 1992г¹.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. - Изд.3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. - С.590.

Указанные Правила, как и предшествовавшие им Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978г., представляющие собой неофициальную кодификацию многочисленных обычаев международной банковской практики выдачи гарантийных обязательств, едва ли могут быть признаны эталоном правового регулирования соответствующих отношений². Как не может быть признан им и другой документ, Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995г., принятие которой преследовало цель унификации национальных законодательств о банковской гарантии³. Да и среди национальных правовых систем отсутствует сколь-нибудь единообразное регулирование отношений по банковской гарантии, тем более, что в законодательстве многих зарубежных, в том числе развитых, стран данный институт вообще не был закреплён. Здесь в регулировании отношений по гарантии большую роль играют обычаи делового оборота⁴.

Заемствование отечественным цивилистическим правопорядком норм, взятых из другой системы гражданского права, очевидно, должно осуществляться с учетом собственных правовых традиций, принципов и закономерностей развития, базовых понятий и терминологии. Напротив, некритичное перенесение правовых институтов приводит к тому, что они либо «приживаются на нашей цивилистической почве в искаженном виде, либо не приживаются вообще»⁵. Некритичное заимствование зарубежных аналогов, а также собственные, не всегда удачные, изобретения российского законодателя на практике порождают достаточно противоречивые решения, с которыми зачастую очень трудно согласиться.

² В настоящей работе используются тексты Унифицированных правил по договорным гарантиям 1978г. (публикация Международной торговой палаты № 325) и Унифицированных правил для гарантий по первому требованию 1992г. (публикация Международной торговой палаты № 458), предложенные в кн.: Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К.Дмитриева, М.В.Филимонова. – 3-е изд., испр.и доп. – М.: ТК Велби, Проспект, 2004. – С.353-360.

³ Российская Федерация не участвует в данной Конвенции. Ее положения, как и положения Унифицированных правил, подлежат применению только в случае прямого указания на них сторонами в договоре банковской гарантии и в части, не противоречащей императивным нормам действующего российского законодательства. Тем не менее анализ данных документов безусловно имеет большую научную ценность. Текст Конвенции приводится по: Бирюкова Л.А. Банковские гарантии: теория и практика. – М.: Спарк, 2004. – С.144-156 (приложение).

⁴ См.: Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. – Изд.3-е, стереотипное. – М.: Статут, 2001. – С.590.

⁵ А.Л.Маковский. См.по: Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. – М.: Статут, 2002. – С.32.

Следует признать, что российской доктриной не были выработаны единые подходы к определению юридической природы отношений по банковской гарантии. Большой группой исследователей на основе соответствующих законоположений культивируются представления о том, что банковская гарантия является самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств, главный отличительный признак которого заключается в независимости обязательства гаранта от обеспечиваемого обязательства (ст.370 ГК). На этом основании банковская гарантия противопоставляется поручительству, традиционно рассматриваемому гражданско-правовой теорией в качестве акцессорного правоотношения. Другие ученые, напротив, утверждают, что банковская гарантия представляет собой хотя и своеобразное, но обязательство дополнительное (акцессорное) по отношению к основному. При этом вывод о том, что банковская гарантия является разновидностью поручительства, как правило, не делается. Наконец, встречаются и крайние суждения, отрицающие обеспечительный характер банковской гарантии⁶.

Целью данного исследования является изложение проблем правового регулирования отношений по банковской гарантии с точки зрения необходимости внесения давно назревших изменений в правовую регламентацию соответствующих отношений с учетом норм действующего законодательства, а также опыта зарубежных стран и практики международной торговли.

Для достижения поставленной цели решаются следующие **задачи**:

- 1) изучить основные теоретические разработки в исследуемой области права, законодательство о банковской гарантии и практику его применения судами;
- 2) выявить пробелы и недостатки (проблемы) в правовом регулировании отношений по банковской гарантии, провести критический анализ практики рассмотрения судами споров, вытекающих из отношений по банковской гарантии, переосмыслить существующие в науке представления о юридической природе рассматриваемых отношений;

⁶ См., например: Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. - 1995. - № 5. - С.25.. Рассказова Н.Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. - 2004. - № 4. - С.59.

- 3) предложить собственный, теоретически обоснованный, взгляд на существо института банковской гарантии; сформулировать (в самом общем виде) предложения по совершенствованию действующего законодательства о банковской гарантии и практики его применения судами.

Объект исследования составляет комплекс вопросов, через решение которых раскрывается потенциал банковской гарантии как способа обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств.

Предметом исследования является анализ гражданско-правовых (материальных) отношений, возникающих в связи с выдачей, исполнением, прекращением гарантийных обязательств (и поручительств). Не выходя за рамки заявленной специальности, в диссертации также исследуются процессуальные отношения, складывающиеся при рассмотрении судами споров, вытекающих из гражданско-правовых отношений по банковской гарантии (поручительству).

Степень научной разработанности темы диссертации. Теоретическая основа диссертации. Отдельные аспекты гражданско-правового регулирования отношений по банковской гарантии исследовались в диссертациях, монографической, периодической и учебной литературе. Диссертация опирается на труды отечественных и зарубежных специалистов в области гражданского права, как непосредственно изучающих институт банковской гарантии (поручительства), так и тех, кто занимается разработкой иных вопросов общей, гражданско-правовой, теории обязательств. Положения и выводы диссертации основываются также на достижениях науки процессуального права.

Институт банковской гарантии и поручительства исследуется в монографиях В.А.Белова «Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики» (1998г.); Л.А.Бирюковой «Банковские гарантии: теория и практика» (2004г.); М.И.Брагинского и В.В.Витрянского «Договорное право. Книга первая. Общие положения» (2001г.); К.Гавальда, Ж.Стуфле «Банковское право (Учреждения – Счета – Операции – Услуги)» (1996г.); Б.М.Гонгало «Учение об обеспечении обязательств» (2002г.); А.В.Латынцева «Обеспечение исполнения договорных обязательств» (2002г.);

Я.А.Павлович «Независимые документарные обязательства. – науч.-практич.изд.» (2006г.); Е.А.Павлодского «Договоры организаций и граждан с банками» (2000г.); Н.Ю.Расказовой «Банковская гарантия по российскому законодательству» (2005г.); К.М.Шмиттгоффа «Экспорт: право и практика международной торговли» (1993г.) и других учёных.

Среди диссертационных исследований, посвященных институту банковской гарантии, нельзя не выделить труды М.В.Волошиной «Банковская гарантия» (2003г.); П.Г.Резго «Проблемы гражданско-правового регулирования отношений по банковской гарантии в Российской Федерации» (2003г.); О.М.Свириденко «Материально-правовые и процессуальные проблемы при обеспечении кредитных обязательств договорами залога, поручительства и банковской гарантией» (1997г.) и некоторых других авторов.

Достаточно подробный правовой материал о банковской гарантии и поручительстве содержится в учебниках гражданского права под редакцией О.Н.Садикова; А.П.Сергеева и Ю.К.Толстого; Е.А.Суханова; З.И.Цыбуленко; В.Ф.Яковлева и некоторых других выдающихся цивилистов.

Отдельные вопросы правового регулирования отношений по банковской гарантии и поручительству освещаются в научных статьях Г.А.Аванесовой, Н.Ю.Ерпылевой, Л.Г.Ефимовой, Т.П.Лазаревой, Л.А.Новоселовой, С.Овсейко, Ю.В.Петровского, А.А.Рубанова, С.В.Сарбаша, Р.П.Сойко и других исследователей.

Необходимо также отметить труды Т.Е.Абовой, М.М.Агаркова, Ф.И.Гавзе, В.П.Грибанова, О.С.Иоффе, А.Ю.Кабалкина, Р.Ф.Каллистратовой, Н.И.Клейн, А.С.Комарова, Л.Ф.Лесницкой, Д.И.Мейера, А.Л.Маковского, И.Б.Новицкого, Р.Саватье, Г.Ф.Шершеневича, А.М.Эрделевского, В.В.Яркова и других – которые, как и работы вышеперечисленных авторов, по сути, сформировали теоретическую основу данной диссертации.

Эмпирической основой диссертации послужило соответствующее действующее гражданское, банковское и процессуальное законодательство, а также практика его применения судами.

В качестве **методологической основы** диссертации использовались общенаучные и специальные методы познания: диалектический, формально-логический, метод сравнительного правоведения, системного анализа, правового моделирования и другие.

Научная новизна исследования заключается в том, что на его основе впервые с момента принятия ГК предпринята попытка провести комплексное исследование института банковской гарантии в его взаимосвязи (соотношении) с институтом поручительства. В рамках данной работы не только изучаются гражданско-правовые отношения, складывающиеся в связи с выдачей гарантийных обязательств, но и исследуются, не выходя за рамки заявленной специальности, процессуальные отношения, возникающие в связи с рассмотрением судами споров, вытекающих из отношений по банковской гарантии, в той мере, в какой это необходимо и оправданно целью и задачами диссертации. Ряд выводимых доктриной положений о банковской гарантии в данном исследовании получает своё дальнейшее развитие, по-новому аргументируется и обосновывается.

Научная новизна работы проявляется в выносимых на защиту положениях:

1. Банковская гарантия (§ 6 главы 23 ГК) является разновидностью поручительства (§ 5 главы 23 ГК). Её обеспечительный эффект, как и обеспечительный эффект поручительства, достигается за счет того, что в случае нарушения (неисполнения или ненадлежащего исполнения) обеспеченного банковской гарантией (основного, главного) обязательства кредитор в данном обязательстве (бенефициар) вправе потребовать возмещения причиненных ему убытков не только от должника (принципала) как непосредственного виновника правонарушения, но и от гаранта – третьего лица (лиц), не участвующего в основном обязательстве, но отвечающего перед кредитором за его исполнение должником (принципалом) на условиях и в порядке, определяемых договором банковской гарантии.

Указанное обстоятельство обуславливает, что институт банковской гарантии должен изучаться в соотношении с институтом поручительства, а также

то, что в ряде случаев к законодательно не урегулированным отношениям по банковской гарантии предлагается применять в субсидиарном порядке (общие) положения ГК о поручительстве (§ 5 главы 23 ГК), не противоречащие существу рассматриваемых отношений.

2. В основании возникновения обязательства гаранта (поручителя) лежит трехсторонняя сделка (договор), сторонами которой являются гарант, кредитор (бенефициар) и должник (принципал) по основному обязательству. При отсутствии волеизъявления на совершение указанной сделки хотя бы одной из названных сторон, договор банковской гарантии следует считать незаключенным, а отношения по банковской гарантии – неустановленными.

3. Во всех случаях, когда при заключении договора банковской гарантии стороны непосредственно не общаются между собой и отсутствует разрыв во времени между волеизъявлением стороны и его восприятием другими сторонами, договор банковской гарантии (поручительства) должен считаться заключённым с момента направления оферентом каждой из двух других сторон, акцептовавших оферту, извещения о принятии соответствующей стороной предложения заключить договор (своего рода ретрансляция акцепта). Извещения направляются, как правило, одновременно. Если существует разрыв во времени между направлением оферентом первого и второго уведомлений об акцепте (а такой промежуток по времени, очевидно, не должен быть значительным), договор поручительства (банковской гарантии) следует считать заключенным с момента отправления последнего из извещений.

4. Банковская гарантия – акцессорное правоотношение. В рамках данного института вводится презумпция добросовестности (правомерности) требования бенефициара об уплате суммы по гарантии. Предполагается, что бенефициар, предъявляя к гаранту соответствующее требование, имеет право требовать платежа по гарантии в связи с нарушением должником обеспеченного ею обязательства. Если бенефициар требует платежа по гарантии без достаточных к тому оснований (основное обязательство должником нарушено не было), опровержение презумпции добросовестности его требований осуществляется только в судебном порядке (гарант не вправе выдвигать против кредитора

возражения, связанные с основным обязательством) и, как правило, *post factum* – то есть после того, как гарант произвел соответствующий платеж.

5. Представляется разумным ввести в ГК правило, согласно которому заключение договора поручительства (банковской гарантии) для обеспечения исполнения обязательства, которое возникнет в будущем (ст.361 ГК), связывает кредитора (бенефициара) и должника (принципала) обязанностью заключить соответствующий договор. По своей юридической природе данное обязательство является предварительным договором (ст.429 ГК).

6. Ответственность гаранта за нарушение обязательства по гарантии следует ограничить взысканием с него процентов, предусмотренных ст.395 ГК (или договорной неустойки), и исключить применение к нему убытков в части, превышающей сумму указанных процентов.

7. Гарант должен нести ответственность за отказ от платежа по причинам, связанным с основным обязательством, и в тех случаях, когда права требовать исполнения гарантийного обязательства у бенефициара не было. Соответствующие проценты (неустойка) в этом случае подлежат обращению в доход государства (бенефициар не имеет права на указанные проценты, поскольку иное означало бы его неосновательное обогащение). По своей юридической природе названные проценты (неустойка) являются санкцией за нарушение гарантом установленного (судебного) порядка опровержения презумпции добросовестности (правомерности) требований бенефициара.

8. Иск бенефициара о присуждении гаранта к платежу в связи с отказом последнего исполнить требование об уплате гарантийной суммы по мотивам, связанным с основным обязательством, должен рассматриваться судом в самые кратчайшие сроки (семь-десять дней) в порядке упрощенного производства, установленном главой 29 АПК, с некоторыми изъятиями из общих правил данной главы. Постольку, поскольку требование бенефициара к гаранту об уплате суммы по гарантии предполагается добросовестным (правомерным), то и отказ гаранта от платежа по мотивам, связанным с основным обязательством, предполагается неправомерным. В этом смысле исковые требования бенефициара к гаранту носят бесспорный характер. Решение суда по результатам рассмотрения иска

бенефициара к гаранту (независимо от того, рассматривался ли соответствующий иск в порядке упрощенного производства или по общим правилам искового производства) должно вступать в силу немедленно после его принятия и обращаться к немедленному исполнению.

9. В тех случаях, когда гарант присуждается к платежу неправомерно (у бенефициара отсутствовало право требовать исполнения обязательства по гарантии в связи с тем, что основной договор должником нарушен не был), соответствующее решение суда пересматривается в порядке производства по вновь открывшимся обстоятельствам (Глава 37 АПК), с некоторыми изъятиями из общих правил указанной главы. Здесь под вновь открывшимися обстоятельствами подразумеваются обстоятельства, которые связаны с основным обязательством и исключают всякое право бенефициара требовать платежа по гарантии: основное обязательство было надлежаще исполнено должником, прекратилось по иным основаниям и т.д.

Практическая значимость работы состоит в том, что в диссертации сформулированы (в самом общем виде) предложения по совершенствованию законодательства о банковской гарантии, практики его применения судами. Результаты исследования могут также использоваться в преподавательской и научной деятельности.

Апробация результатов исследования. Основные положения и выводы диссертации изложены в научных журналах и изданиях, в том числе в рекомендованном ВАК России журнале («Вестник Чувашского университета». – 2006. - № 3. – С.136-138), в тезисах выступлений на Всероссийских научно-практических конференциях (г.Чебоксары, 2005г.; г.Рязань, 2005г.), использовались при подготовке и проведении занятий по курсу «Гражданское и торговое право зарубежных стран», «Гражданское право», «Предпринимательское право», «Хозяйственное право» на юридическом, экономическом и историческом факультетах Чувашского государственного университета им. И.Н.Ульянова.

Структура работы. Исследование состоит из введения, двух глав, восьми параграфов, заключения, списка литературы.

Содержание диссертации.

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации, определяются цели и задачи исследования, раскрываются объект и предмет диссертации, указывается степень научной разработанности темы исследования, эмпирическая и методологическая основы диссертации, формулируются выносимые на защиту положения, свидетельствующие о научной новизне исследования, указывается научная и практическая значимость работы.

Первая глава диссертации «Общая характеристика банковской гарантии и поручительства как сделки и правоотношения» включает три параграфа.

В **первом параграфе** автор предпринимает попытку критической оценки доминирующего в науке взгляда на банковскую гарантию как на одностороннюю сделку. Действительно, если согласиться с положениями ст.373 ГК и считать основанием возникновения обязательства гаранта совершаемую им одностороннюю сделку по выдаче гарантии, следует прийти к выводу о том, что содержание гарантийного обязательства определяется исключительно волей одной стороны – гаранта, что представляется несправедливым.

Делается вывод о том, что более логичным и обоснованным было бы закрепление в ГК положения, в соответствии с которым основанием возникновения обязательства гаранта следует считать соглашение гаранта с принципалом (ст.379 ГК), и исключение из закона ст.373 ГК, предусматривающей наряду с заключением указанного соглашения совершение гарантом односторонней сделки по выдаче гарантии.

Отмечается, что банковская гарантия (документ) не является ценной бумагой, а потому не может служить цели легитимации бенефициара как стороны, уполномоченной требовать платежа по гарантии. Наименование бенефициара содержится в соглашении гаранта с принципалом. В том случае, если в таком договоре конкретный бенефициар не указан, легитимация последнего по аналогии с п.3 ст.932 ГК осуществляется согласно условиям основного контракта, в обеспечение которого установлено гарантийное

обязательство и ссылка на который содержится в соглашении гаранта с принципалом. Бенефициаром всегда является сторона, перед которой принципал несёт ответственность за нарушение своего (основного) обязательства.

Автор не согласен с положениями ст.370 ГК, анализ которых позволяет констатировать, что ссылка на обеспечиваемое обязательство не рассматривается законодателем в качестве существенного условия банковской гарантии (соглашения гаранта с принципалом).

Критике подвергается формулировка ст.372 ГК, которая в отличие от общего правила данной статьи допускает передачу принадлежащего бенефициару по банковской гарантии права требования к гаранту другому лицу в случае, когда возможность такой передачи прямо предусмотрена в гарантии (соглашении гаранта с принципалом). В то же время банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение определенного (конкретного) обязательства должника (принципала) перед его кредитором (бенефициаром) – п.1 ст.369 ГК. Из этого следует, что право требования к гаранту по банковской гарантии принадлежит исключительно кредитору в данном (основном) обязательстве (бенефициару). Указанное право не может быть самостоятельным (в отрыве от права требования по основному обязательству) объектом гражданско-правовых сделок. Право по банковской гарантии неразрывно связано с правом требования кредитора к должнику по основному обязательству и всегда следует его судьбе. Так, с переходом прав кредитора по основному обязательству к другому лицу (новому кредитору), например при уступке требования, к последнему в силу прямого указания закона, автоматически переходит право требования к гаранту по банковской гарантии (ст.384 ГК).

Во **втором параграфе** автором критически оценивается взгляд научного сообщества на общегражданское поручительство (чьей разновидностью банковская гарантия и является) как на двустороннюю сделку – договор между поручителем и кредитором по основному обязательству.

Ст.366 ГК устанавливает обязанность должника, исполнившего обязательство, обеспеченное поручительством, немедленно известить об этом

поручителя. В противном случае поручитель, в свою очередь исполнивший обязательство, вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное либо предъявить регрессное требование к должнику. В последнем случае должник вправе взыскать с кредитора лишь неосновательно полученное. Если исходить из того, что поручительство устанавливается на основании договора между поручителем и кредитором, положения ст.366 ГК в части, определяющей взаимоотношения должника и поручителя, следовало бы признать юридически некорректными. Возложение на должника обязанности информировать поручителя об исполнении основного обязательства притом, что должник стороной договора поручительства не является, противоречит одному из общих принципов гражданского права, закрепленному п.3 статьи 308 ГК, в соответствии с которым сделка – договор поручительства – не создает обязанностей для лиц, не участвовавших в ее совершении (для третьих лиц).

Отсюда вытекает, что и право на регресс к должнику предоставляется поручителю без достаточных оснований, поскольку регрессное обязательство в данном случае влечет переложение ответственности за неосновательное обогащение с кредитора на должника притом, что вины должника в соответствующем правонарушении нет.

Наконец, и лишение должника права на взыскание с кредитора наряду с неосновательно полученным процентов по статье 395 ГК (которые призваны компенсировать убытки соответствующей стороны в связи с неправомерным использованием ее средствами) также фактически означает применение к должнику санкции независимо от его вины. Всё это представляется несправедливым.

Если исходить из того, что поручительство устанавливается в силу сделки, совершаемой исключительно поручителем и кредитором, следует признать, что норме п.3 ст.308 ГК противоречит и другое положение закона, предоставляющее поручителю право требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника (п.1 ст.365 ГК), которому корреспондирует обязанность должника удовлетворить такое требование поручителя.

Исполнение поручителем обязательства само по себе не может служить основанием возникновения обязанности должника уплатить поручителю проценты и возместить иные его убытки, понесенные в связи с ответственностью за должника. В противном случае, учитывая, что поручитель исполняет обязательство по причине нарушения должником основного договора, следовало бы прийти к выводу о том, что рассматриваемые проценты и убытки составляют санкцию, применяемую поручителем к должнику за нарушение последним своего (основного) обязательства.

Однако необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что между нарушением должником основного обязательства и появлением у поручителя убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника, отсутствует объективная причинная связь. Не охватываются указанные убытки и виной должника, поскольку последний отвечает лишь за вред, причиненный кредитору неисполнением основного договора. Между тем объективная причинная связь между нарушением обязательства и возникшими вследствие этого убытками и вина лица в противоправном деянии являются необходимыми условиями гражданско-правовой ответственности, отсутствие которых исключает применение каких-либо санкций за нарушение обязательств.

По мнению автора, и проценты, указанные в п.1 ст.365 ГК, не могут рассматриваться в качестве меры имущественной ответственности за нарушение основного обязательства. В противном случае данные проценты пришлось бы признать штрафной неустойкой, поскольку они взыскиваются сверх суммы убытков, понесенных кредитором вследствие неисправности должника (п.2 ст.363 ГК, п.1 ст.365 ГК). Однако количество штрафных неустоек, установленных гражданским законодательством, сравнительно невелико. Кроме того, и за само нарушение основного обязательства законом или договором может быть установлена штрафная неустойка, которая в случае неисполнения обеспечиваемого договора может быть взыскана кредитором (наряду с убытками) с поручителя. Исполнив обязательство, поручитель приобретает право требовать от должника возмещения уплаченной кредитору суммы, в т.ч. суммы указанной

неустойки. Если при этом исходить из того, что наряду с упомянутой суммой должник обязан уплатить поручителю штраф в виде процентов (п.1 ст.365 ГК), следует прийти к выводу о том, что тем самым нарушается принцип недопустимости применения санкции дважды за одно и то же правонарушение.

Таким образом, ни проценты, уплачиваемые должником поручителю на сумму, выплаченную кредитору, ни убытки, возмещаемые должником поручителю, не являются мерами имущественной ответственности, применяемыми к должнику по причине нарушения им основного обязательства. В этом смысле законодатель не может связывать возникновение права поручителя требовать от должника уплаты процентов и возмещения убытков лишь с одним фактом исполнения поручителем своего обязательства.

Изложенное подводит автора к мысли о том, что правильнее считать основанием поручительства (а следовательно, и банковской гарантии) трехстороннюю (многостороннюю) сделку (договор), сторонами которой являются поручитель (гарант), кредитор (бенефициар) и должник по основному обязательству (принципал).

При отсутствии волеизъявления на совершение указанной сделки хотя бы одной из названных сторон договор поручительства (банковской гарантии) следует считать незаключенным, а отношения по поручительству (банковской гарантии) – неустановленными. Данные положения содержатся в **третьем параграфе**.

Здесь же называются существенные условия договора банковской гарантии. Предлагается исключить из числа таковых условие о сроке, на который гарантия выдана, и распространить на отношения по банковской гарантии (как разновидность поручительства) правила п.4 ст.367 ГК. При этом как в случае с поручительством, так и в случае с банковской гарантией в связи с нарушением должником основного обязательства бенефициар в пределах срока действия соответствующего обеспечения представляет (поручителю) гаранту простое письменное требование об уплате суммы по гарантии.

Договор поручительства (банковской гарантии) должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечёт недействительность договора поручительства (банковской гарантии) (ст.362 ГК).

Договор поручительства (банковской гарантии) может быть заключён как между присутствующими сторонами, так и тогда, когда все три стороны находятся более или менее далеко друг от друга (и обмениваются соответствующими документами). В последнем случае автор предлагает считать договор поручительства (банковской гарантии) заключенным не с момента получения лицом, направившим оферту, от сторон последнего из необходимых уведомлений об акцепте, а с момента направления оферентом каждой из сторон, акцептовавших оферту, извещения о принятии соответствующей стороной предложения заключить договор (своего рода *ретрансляция* акцепта). Извещения направляются, как правило, одновременно. Если существует разрыв во времени между направлением оферентом первого и второго уведомлений об акцепте (а такой промежуток по времени, очевидно, не должен быть значительным), договор поручительства (банковской гарантии) следует считать заключенным с момента отправления последнего из извещений. Соответствующее уведомление представляет собой информационное письмо за подписью оферента с приложением (копии) документа, подтверждающего принятие стороной предложения заключить договор. Извещение передаётся тем же способом, который использовался для передачи оферты и акцепта.

В описанной ситуации договор поручительства (банковской гарантии) не перестает быть консенсуальным (не становится реальной сделкой). Усложняется лишь процедура согласования сторонами условий договора. Оферта, направляемая одному из потенциальных акцептантов, по содержанию должна быть идентичной оферте, направляемой другому акцептанту. Кроме того, оферта должна содержать все существенные условия договора (п.1 ст.435 ГК). Акцепт должен быть полным и безоговорочным (п.1 ст.438 ГК). В остальном правила ГК об оферте и акцепте применяются при заключении договора поручительства (банковской гарантии) в полном объёме, без каких-либо исключений.

ГК предусматривает возможность заключения договора поручительства (а следовательно, и договора банковской гарантии) в обеспечение обязательства, которое возникнет в будущем. При этом законодатель имеет в виду договоры.

Автору представляется разумным ввести в ГК правило, согласно которому заключение договора поручительства (банковской гарантии) для обеспечения исполнения обязательства, которое возникнет в будущем (ст.361 ГК), связывает кредитора (бенефициара) и должника (принципала) обязанностью заключить соответствующий договор. Необходимость появления подобного положения во многом обусловлена тем, что вступление кредитора в договор поручительства (банковской гарантии) уже предполагает принятие им на себя обязательства заключить основной контракт с должником, участвующим в договоре поручительства (банковской гарантии) лишь потому, что он заинтересован в установлении договорных отношений с кредитором, который ставит заключение основного контракта в зависимость от получения им обеспечения в виде поручительства (банковской гарантии).

По своей юридической природе указанное обязательство является не чем иным, как предварительным договором (ст.429 ГК).

Договор поручительства (банковской гарантии) - возмездный. С момента заключения договора поручительства (банковской гарантии) у основного должника возникает обязанность уплатить вознаграждение поручителю (гаранту). Правила главы 29 ГК об изменении и расторжении договоров распространяются и на поручительство (банковскую гарантию). При этом соглашение об изменении или расторжении соответствующего договора должно быть совершено в той же (письменной, как её трактует п.2 ст.434 ГК) форме, что и договор поручительства (банковской гарантии) (п.1 ст.452 ГК) под угрозой его недействительности (ст.362 ГК).

Квинтэссенцию правоотношения поручительства (банковской гарантии) составляет обязательство поручителя (гаранта) перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение последним его обязательства (основного обязательства) полностью или в части, т.е. возмещать убытки, вызываемые неисправностью должника.

Поручительство (банковская гарантия) – денежное обязательство.

Поручитель (гарант) с должником отвечают перед кредитором солидарно.

Имеется в виду, что соответствующее требование к указанным лицам может быть предъявлено как к солидарным должникам, т.е. в том же порядке (М.Звягнцева). Должниками по солидарному обязательству поручитель (гарант) и основной должник не являются, а следовательно, указанные стороны не могут быть и соответчиками по иску кредитора в связи с нарушением главным должником обеспеченного обязательства. Надлежащим ответчиком в данном случае является только должник по основному обязательству.

Законом или договором поручительства (банковской гарантии) может быть установлено, что обязательство поручителя (гаранта) по отношению к ответственности должника перед кредитором за нарушение основного обязательства носит субсидиарный характер.

Автор высказывался за признание договора поручительства (банковской гарантии) трехсторонним. В связи с данным положением уточняется вопрос о том, может ли служить основанием поручительства (банковской гарантии) договор, заключаемый между поручителем (гарантом) и должником (принципалом), - договор в пользу третьего лица. В качестве выгодоприобретателя (третьего лица) по такому договору выступает кредитор (бенефициар).

С точки зрения действующего законодательства препятствий к этому нет. Диссертант, однако, считает, что заключение трехстороннего договора поручительства (банковской гарантии) является более предпочтительным. Видятся два довода в пользу данной точки зрения.

Во-первых, отказ кредитора, выступающего по договору поручительства (банковской гарантии) в качестве третьего лица, от предоставленного ему права может вызываться, в частности, тем, что, поскольку третье лицо не участвует в формировании содержания договора, в него могут быть включены условия, противоречащие его интересам и неприемлемые для него (возможность отзыва поручительства, гарантии и др.).

Во-вторых, необходимо учитывать, что отказ третьего лица от предоставленного ему права и невозможность реализовать это право стороной по

договору (поскольку соответствующее требование принадлежит исключительно третьему лицу – кредитору в основном обязательстве) приводят к фактическому неосновательному обогащению должника (поручителя, гаранта), которое юридически таковым признано не будет, поскольку уплаченное за выдачу поручительства, банковской гарантии, вознаграждение, как правило, возврату в этом случае не подлежит (п.3 ст.958 ГК; п.4 ст.453 ГК).

Наконец, договор в пользу третьего лица не может создавать для последнего обязанностей (п.3 ст.308 ГК; п.2 ст.365 ГК).

Вторая глава диссертации «Обеспечительный механизм банковской гарантии» состоит из пяти параграфов.

В **первом параграфе** критически оценивается провозглашенный статьёй 370 ГК признак независимости обязательства гаранта перед бенефициаром в отношениях между ними от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана. В науке гражданского права тем не менее выделяется несколько проявлений независимости гарантийного обязательства от основного и на этом основании банковская гарантия, как правило, противопоставляется поручительству - акцессорному обязательству. В частности, на основе положений п.2 ст.376 ГК делается вывод о том, что исполнение основного (обеспеченного гарантией) обязательства, его прекращение по иным основаниям не влекут прекращения обязательства гаранта; недействительность главного обязательства не влечёт недействительности обязательства по гарантии. Подобный подход, по мнению автора, на практике может привести к неосновательному обогащению бенефициара, получающего по сути двойное исполнение: по банковской гарантии и по основному обязательству. Суды отказываются следовать норме п.2 ст.376 ГК, квалифицируя соответствующие требования бенефициара как злоупотребление правом (ст.10 ГК).

Во **втором параграфе** автор раскрывает обеспечительный механизм банковской гарантии. Появление института банковской гарантии вызвано объективной потребностью гражданского оборота в механизмах, обеспечивающих ускоренное возмещение убытков, возникающих вследствие неисправности должника по основному обязательству.

В целях решения задачи сокращения времени, обычно необходимого для возмещения указанных убытков, в рамках института банковской гарантии вводится презумпция добросовестности требований бенефициара. Предполагается, что предъявление бенефициаром требования к гаранту об уплате суммы по гарантии вызвано тем, что по вине принципала (основного должника) было нарушено обеспеченное банковской гарантией обязательство, в результате чего бенефициар понёс убытки. Именно поэтому гарант не вправе выдвигать против требования бенефициара возражения, связанные с главным обязательством. Изложенное позволяет автору не согласиться с положениями п.1 ст.374 ГК, в соответствии с которыми бенефициар в письменном требовании, адресованном гаранту, должен указать, в чем состоит нарушение принципалом главного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

Допустимо включение в договор банковской гарантии условия о безакцептном списании средств со счёта гаранта. В этом случае право требования к банку переходит от гаранта к бенефициару с момента предъявления последним платежного требования к счёту. Гарант отвечает перед бенефициаром за действительность требования к банку, но не за его исполнение последним.

Автором исследуются условия и порядок исполнения гарантом требования бенефициара об уплате суммы по гарантии.

Во всех случаях, когда в силу предполагаемой добросовестности требований бенефициара гарант производит платеж в отсутствие у бенефициара права требовать исполнения по гарантии (основное обязательство надлежаще исполнено и т.д.), опровержение презумпции правомерности требований бенефициара осуществляется только в судебном порядке, и при этом *post factum*, после того, как гарант произвёл платеж по требованию бенефициара. Подобный иск предъявляется гарантом. Одновременно гаранту в целях защиты его интересов предоставляется право на регресс к принципалу в пределах суммы, уплаченной по требованию бенефициара. Автором исследуется правовая природа соответствующего регрессного требования. В случае реализации принципалом регрессного требования к гаранту соответствующий иск к бенефициару предъявляется гарантом.

Иск о признании прекращения банковской гарантии в связи с прекращением основного обязательства может быть подан гарантом и до фактического (в преддверие) предъявления бенефициаром требования к гаранту, но только тогда, когда из обстоятельств дела очевидно явствует, что бенефициар намерен требовать платежа по гарантии.

Принципиально важным в данной ситуации является вопрос о том, может ли суд принять по превентивному иску к бенефициару обеспечительную меру (ст.140 ГПК, ст.91 АПК) в виде запрета платежа по гарантии или, если исполнение по гарантии началось, ареста счёта бенефициара (с тем, чтобы блокировать поступление соответствующих средств на счёт бенефициара). Автор дает отрицательный ответ на этот вопрос. Данный подход девальвирует значение банковской гарантии как способа ускоренного возмещения убытков.

В этом же параграфе вносится предложение об исключении выдачи банковских гарантий кредитными организациями из числа банковских операций, подлежащих обязательному лицензированию (ст.5 федерального закона «О банках и банковской деятельности»). Банковская гарантия является разновидностью поручительства. Последнее не отнесено указанным законом к лицензируемым банковским операциям.

В третьем параграфе анализируются мотивы, по которым гарант отказывает бенефициару в платеже по его требованию. К числу таковых относятся мотивы, связанные 1) с основным обязательством; 2) с истечением срока действия банковской гарантии или несоответствием требования бенефициара и приложенных документов условиям гарантии; 3) иные причины, вытекающие из договора банковской гарантии.

Мотивы отказа гаранта произвести платеж по требованию бенефициара, связанные с состоянием основного обязательства, являются недопустимыми, даже если у бенефициара действительно не было права требовать исполнения обязательства по гарантии в связи с тем, что основное обязательство должником нарушено не было, за исключением тех случаев, когда на момент представления бенефициаром требований к гаранту имелось вступившее в законную силу решение суда,

которым установлено, что основное обязательство прекратилось, недействительно и т.п.

В случае отказа гаранта от исполнения обязательства по гарантии бенефициар вправе предъявить иск о присуждении гаранта к платежу (и о взыскании с него сумм санкций в связи с просрочкой исполнения обязательства по гарантии).

По мысли диссертанта, поиск оптимальной формы производства по рассматриваемой категории дел должен проходить в направлении:

- 1) сокращения (общих) сроков рассмотрения споров судами;
- 2) придания судебным решениям, принятым по результатам рассмотрения данной категории дел, законной силы с момента их вынесения и обращения соответствующих судебных актов к немедленному исполнению.

Автору представляется, что иски о присуждении гаранта к платежу в связи с его отказом удовлетворить требование бенефициара по мотивам, связанным с основным обязательством, должны рассматриваться судом в порядке упрощенного производства, предусмотренном главой 29 АПК, с некоторыми изъятиями из общих правил данной главы.

Постольку, поскольку требование бенефициара об уплате суммы по гарантии предполагается добросовестным, то и отказ гаранта от удовлетворения такого требования по мотивам, связанным с основным обязательством, предполагается неправомерным. В этом смысле исковые требования бенефициара к гаранту носят бесспорный характер (ст.226 АПК).

Обстоятельства, связанные с основным обязательством, не входят в предмет доказывания по делу и не устанавливаются судом. Соответственно, и суд отказывает в принятии и приобщении к материалам дела представленные гарантом доказательства, обосновывающие данные факты (п.2 ст.67 АПК).

Подобные дела должны рассматриваться в порядке упрощенного судопроизводства независимо от наличия или отсутствия возражений сторон относительно такого порядка рассмотрения дела (п.2 ст.226 АПК, п.5 ст.228 АПК). Дела упрощенного производства рассматриваются единолично судьей (п.2 ст.228 АПК). Судебное заседание проводится без вызова сторон.

Судом исследуются только письменные доказательства: договор банковской гарантии, письменное требование бенефициара об уплате суммы по гарантии, прилагаемые к нему документы, объяснения по существу заявленных требований, представленные в письменной форме, другие документы (п.4 ст.228 АПК).

Предлагается сократить сроки рассмотрения дела по иску бенефициара по сравнению с теми, которые установлены п.2 ст.228 АПК. Соответствующая категория дел должна рассматриваться в сроки, не превышающие семи – десяти дней со дня поступления искового заявления в арбитражный суд (а то и в меньший срок), включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству и принятие решения по делу.

Автор предлагает отнести (соответствующим законом) рассмотрение исков бенефициара к гаранту о присуждении последнего к платежу (независимо от мотивов отказа гаранта от исполнения по гарантии) к исключительной подведомственности арбитражных судов независимо от характера спорного правоотношения и состава его участников (п.2, 3 ст.27 АПК; ст.33 АПК).

В ряде случаев, по мнению диссертанта, в описанном порядке могут рассматриваться иски бенефициара к гаранту в связи с отказом последнего от платежа по причине истечения срока действия гарантии или несоответствия требования бенефициара и приложенных к нему документов условиям договора банковской гарантии.

Решение о рассмотрении иска бенефициара к гаранту в порядке упрощенного производства либо по общим правилам искового производства принимается судом на стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Согласно принципу состязательности сторон (ст.9 АПК) лица, участвующие в деле, вправе знать об аргументах друг друга до начала судебного разбирательства. Реализации данного принципа в том числе служит норма п.1 ст.131 АПК, в соответствии с которой ответчик направляет или представляет в суд отзыв на исковое заявление с приложением документов, которые подтверждают возражения относительно иска, а также документов, которые подтверждают

направление копий отзыва и прилагаемых к нему документов истцу и другим лицам, участвующим в деле.

Судебное решение по результатам рассмотрения иска бенефициара должно вступать в силу немедленно после его принятия (п.2 ст.180 АПК) и обращаться к немедленному исполнению (ст.182 АПК).

В данном параграфе также рассматриваются вопросы, связанные с обжалованием решения суда первой инстанции. В частности, в тех случаях, когда гарант присуждается к платежу необоснованно (основное обязательство должником нарушено не было) для целей отмены судебного решения, которым гарант присужден к платежу, предлагается использовать производство по пересмотру вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам. Здесь под таковыми подразумеваются обстоятельства, которые связаны с основным обязательством и исключают всякое право бенефициара требовать платежа по гарантии (прекращение, недействительность главного обязательства и др.)

В том случае, если суд отменяет соответствующий судебный акт, повторное рассмотрение дела не проводится. На этой же стадии суд разрешает вопрос о повороте исполнения соответствующего судебного акта и указывает на это в своем решении (постановлении) (ст.325, 326 АПК).

В данном параграфе автором также рассматриваются вопросы исковой давности по требованию бенефициара к гаранту, ответственности гаранта.

В частности, автор предлагает ограничить ответственность бенефициара за нарушение обязательства по гарантии взысканием с него процентов по ст.395 ГК (или договорной неустойки) и исключить применение к нему убытков в части, превышающей сумму указанных процентов.

За отказ от платежа по мотивам, связанным с основным обязательством, гарант должен нести ответственность и тогда, когда права требовать исполнения обязательства по гарантии у бенефициара не было (что в последующем подтверждается соответствующим решением суда). Подобное положение стимулирует надлежащее поведение гаранта. Однако очевидно, что в этом случае

и бенефициар не имеет права на проценты (неустойку), уплачиваемые гарантом в связи с неисполнением им (неправомерных) требований бенефициара. Автор предлагает обращать проценты, взысканные с гаранта в связи с просрочкой соответствующего платежа, в доход государства. Данный вопрос должен разрешаться судом при пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам и повороте исполнения отмененного судебного акта, которым гарант присуждался к платежу суммы по гарантии и уплате процентов (неустойки).

В **четвёртом параграфе** исследуется юридическая природа регрессного обязательства принципала перед гарантом, которое возникает в результате исполнения последним соответствующих требований бенефициара. Регресс по гарантии исследуется также в соотношении с суброгацией.

Изучаются вопросы прекращения обязательства по гарантии.

В **пятом параграфе** акцентируется внимание на соотношении поручительства и банковской гарантии со страхованием и подобными договорами. Автор приходит к выводу о том, что существование в ГК такой разновидности страхования, как страхование ответственности по договору (ст.932 ГК) избыточно (излишне). На соответствующие отношения с участием страховых организаций должны быть распространены общие положения ГК о поручительстве.

В **заключении** подводятся итоги исследования. Автор останавливается на наиболее значимых выводах диссертации.

Публикации автора по теме диссертации:

I. Публикации автора в ведущих рецензируемых журналах, перечень которых утвержден ВАК:

1. Федоров М.М. Банковская гарантия как способ ускоренного возмещения убытков/ М.М.Федоров// Вестник Чувашского Университета. -2006.- №3.-С. 136-138. (0,2 п.л.)

II. Иные издания.

1. Федоров М.М. К вопросу о юридической природе договора поручительства/ М.М.Федоров// Вестник Юридического института ЧГУ им. И.Н. Ульянова.- 2005.- № 4(13).- С. 157-172. (0,7 п.л.)

2. Федоров М.М. Банковская гарантия: односторонняя сделка или договор/ М.М.Федоров// Вестник Юридического института ЧГУ им. И.Н. Ульянова.- 2005.- № 4(13). -С. 173-182. (0,5 п.л.)
3. Федоров М.М. Законодательство о банковской гарантии и судебная практика применения норм Гражданского кодекса РФ о банковской гарантии нуждаются в совершенствовании/ М.М.Федоров// Актуальные проблемы теории и практики применения российского законодательства: Сб. материалов Всероссийской научно-практической конференции.- Чебоксары: ЧГУ, 2005.- С. 112-116. (0,3 п.л.)
4. Федоров М.М. Банковская гарантия/ М.М.Федоров// Вестник Юридического института ЧГУ им. И.Н. Ульянова.- 2005.- № 6.- С. 94-110. (0,9 п.л.)
5. Федоров М.М. К вопросу о процессуальной форме, в рамках которой рассматривается иск бенефициара к гаранту в связи с отказом последнего от платежа по банковской гарантии/ М.М.Федоров// Цивилистические записки: Вып. 7: Современные социально-экономические и правовые проблемы отношений собственности в России: Сб. материалов Всероссийской научно-практической конференции. - Москва.: ИГ «Юрист», 2005.- С. 540-546. (0,4 п.л.)
6. Федоров М.М. Банковская гарантия (продолжение)/ М.М.Федоров// Актуальные проблемы применения российского законодательства: Сб. науч. тр. юридического факультета ЧГУ.-Чебоксары, 2005.- С. 107-117. (0,7 п.л.)
7. Федоров М.М. О некоторых вопросах, связанных с поручительством и банковской гарантией/ М.М.Федоров// Вестник Юридического института ЧГУ им. И.Н. Ульянова.-2006.- №2.- С. 131-143. (0,6 п.л.)
8. Федоров М.М. К вопросу о процессуальной форме, в рамках которой рассматривается иск бенефициара к гаранту в связи с отказом последнего от платежа по банковской гарантии/ М.М.Федоров// Юрист.- 2006. № 7.- С.62-64. (0,4 п.л.)
9. Федоров М.М. Страхование и поручительство: соотношение институтов/ М.М.Федоров// Вестник Юридического института ЧГУ им. И.Н.Ульянова.- 2006.-№4.-С.111-113. (0,2 п.л.)